

¿Es siempre positiva la inversión privada para el país? Respecto a la política portuaria actual



ÁNTERO FLORES-ARÁOZ ESPARZA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Ex Diputado Nacional y Miembro del Congreso Constituyente.
Ex Presidente del Congreso de la República.
Ex Embajador del Perú ante la Organización de Estados Americanos (OEA).
Ex Ministro de Defensa del Perú.

GUSTAVO ÁNGEL GARCÍA CASTILLO

Representante y Gerente General de Santa Sofía Puertos

CECILIA O'NEILL DE LA FUENTE

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Master en Derecho, University of Pennsylvania Philadelphia,
Pennsylvania, EEUU.
Diploma en Derecho de la Electricidad, el Gas y la Energía,
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Profesora en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

LINCOLN FLOR ROJAS

Economista e Ingeniero Industrial.
Doctor en Ciencias Contables y Empresariales, UNMSM.
Post Graduate Diploma in Management, Maastricht School of Management, Holanda.
MBA, mención en Finanzas, Universidad de Chile.
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la Maestría en
Regulación de los Servicios Públicos y Maestría de Derecho de la Empresa.
Ex Gerente adjunto de Regulación, OSITRAN.



Durante la década de 1960 y 1970 nuestro país fue estructurado en base al modelo del Estado como gestor del desarrollo económico, con lo cual se obtuvieron efectos tales como el incremento fiscal, la pérdida de la eficiencia en los servicios prestados y, en general, se percibió que el Estado no había cumplido un rol de buen administrador de los recursos.

En ese orden de ideas, en 1990, ante la necesidad de mejorar la gestión de los principales sectores económicos, se decide realizar una serie de cambios estructurales orientados a transformar el rol del Estado, convirtiéndose de director principal a un rol subsidiario. Es decir, para conseguir la estabilidad y eficiencia exigida en el marco de la globalización y competitividad en el comercio internacional, nuestro país comenzó a utilizar la privatización como medio por el cual se busca ceder, por un tema de eficiencia y productividad, al privado la utilización de sus recursos para obtener a cambio una mayor inversión y desarrollo de sus bienes y servicios.

En tal sentido, la presente Mesa Redonda busca aterrizar en el espacio que comprende la privatización en nuestra economía, el desarrollo de uno de sus efectos, específicamente en lo que respecta a la actividad portuaria nacional, la misma que se encuentra en constante incremento.

Por tal razón, hemos decidido analizar si siempre es positiva la inversión privada, buscando resolver las interrogantes sobre el costo-beneficio de la inversión portuaria, las externalidades producidas por estas actividades, así como la conveniencia entre ciertas herramientas legales destinadas a la operación portuaria en general.

Finalmente, ofrecemos el presente espacio para transmitir los conocimientos de profesionales especializados en materia portuaria, administrativa y de gestión privada para que nos comenten sus puntos de vista en relación a este tema controvertido y trascendental, que comprende el desarrollo de las consecuencias del proceso de privatización que se viene desarrollando en el Perú.

1. Como se puede apreciar, en las últimas décadas, la aversión del Estado frente a la inversión privada se ha reducido, prueba de ello son los nuevos marcos regulatorios generados, incentivos tributarios, normas de implementación que promueven la inversión privada a raíz de la suscripción de tratados, etc. En ese sentido, ¿qué barreras cree usted que persisten dentro del Estado? ¿Cree que subsiste dicha aversión? ¿De qué manera?

L. FLOR: Es cierto que en algunos sectores el Estado se ha avanzado en la promoción de la participación privada en la provisión de servicios públicos, sin embargo, hay sectores como, por ejemplo, la generación y distribución de energía o la provisión de agua y saneamiento, en los cuales la participación privada fue interrumpida ("Arequipazo") y no se ha avanzado mayormente en estas áreas. En otras, como carreteras, aeropuertos, o algunos puertos, se ha avanzado.

Los indicadores del Doing Business y los del PIAPPEN-The Economist señalan que en el Perú existen condiciones más favorables respecto de otros países; sin embargo, es necesario mejorar las condiciones institucionales, como una adecuada selección de proyectos, superposición de funciones entre algunas entidades, autonomía de los organismos reguladores, flexibilización del mercado de trabajo, predictibilidad y oportunidad en las decisiones del Poder Judicial, que son tareas pendientes.

A. FLORES-ARÁOZ: No nos olvidemos que desde que en el Perú se entendió que estábamos en un mundo globalizado y que no éramos ni lunar ni isla, se fue reduciendo paulatinamente el sesgo estatista que tuvo su apogeo en los años 70 del Velascato. Por otro lado, las diferencias ideológicas que existían entre los partidos se han ido convirtiendo en matices, y por lo demás todo el mundo vio derrumbarse la Cortina de Hierro, el Muro de Berlín y parcialmente la Cortina de Bambú, lo que a todos ha llevado a un centro con economía de mercado pero privilegiando lo social, esto es, la economía

social de mercado. Considero que ya no existe la inclinación al estatismo, pero sí es que no se resuelve pronto la crisis económico-financiera de los países desarrollados, que ha afectado a todo el mundo, podrían los que quedaron huérfanos de discurso recalar en culpar a la economía de mercado, que la verdad es que nunca propugnó inexistencia de regulaciones económicas.

G. GARCÍA: En principio, tenemos que partir que el Estado en la actividad empresarial debe cumplir un rol subsidiario, es decir, donde no existe una actividad rentable per se, el estado, en beneficio social, debería gestionarla para el beneficio de la comunidad. Tal es el caso de la construcción de algunas carreteras o temas de saneamiento (donde muchas veces no es rentable, aunque poco a poco está entrando la actividad privada, pese a que existen ciertos subsidios del estado).

Si bien es cierto que el Estado desde hace un tiempo atrás se está retirando poco a poco de la actividad empresarial en diferentes instancias, no solamente en el rol portuario, lamentablemente en los últimos años no ha existido suficiente agilidad en la retirada como para dar ingreso a capitales privados.

Por ejemplo, entre los años 2003-2004, cuando se licitaron los puertos de Salaverry, Ilo, Chimbote, Pisco y Paíta, hubo un tema administrativo y se truncó el proceso de concesión. Desde esa época hasta el 2007-2009, no ha existido mayor participación del sector privado en la actividad portuaria. Hubo un buen giro cuando se entregó el Muelle Sur, y hacia el año pasado, ya se concesionó el Puerto de Paíta, que es el tercero de importancia a nivel nacional.

Podríamos decir que existe una predisposición nuevamente a ceder el paso a la inversión y administración privada, que de lejos ha probado que en todos los ámbitos es más eficiente que el Estado, a pesar de toda buena voluntad que pueda existir.

C. O'NEILL: La menor aversión por parte del Estado a confiar en los privados es consecuencia de los resultados. Acaba de cumplirse veinte

años de las radicales reformas a nuestra Constitución Económica. Llama la atención que el tiempo transcurrido esté demostrando que la política económica debe dejar de hacerse con visión de corto plazo y para satisfacer intereses mercantilistas, para pasar más bien a un esquema de institucionalización (a pesar de todas las reformas pendientes). La constatación que el cambio de rumbo es la única forma de generar crecimiento sostenido va de la mano con la idea que cuanto menos haga el Estado, mejor.

De hecho, uno de los factores por los que a fines de los ochenta la economía peruana estaba en tan mala situación era que la participación del Estado en la actividad económica era precisamente la contraria a la que debía tener: lejos de facilitar la inversión privada, el Estado se sentía gerente. Para cambiar esa visión, en 1990 se decidió adoptar la teoría de la mano invisible, entendida como el reforzamiento de la propiedad privada y la libertad de contratación, que permite que la agregación de decisiones privadas maximice el bienestar social.

En los años noventa la palabra "privatizaciones" gozaba de un prestigio que fue siendo socavado por algunos procesos no tan exitosos y por una inevitable politización. Eso generó que subsista la aversión a la inversión privada, ya que el término "privatización" se convirtió casi en una mala palabra. A pesar de ello, el Estado y la sociedad civil en general siguen pensando que los agentes privados son indispensables para cerrar el déficit de infraestructura. La alianza con el sector privado ha tenido que "aggiomarse" a los nuevos tiempos y para ello ha ocurrido una variación de forma y de fondo. Sobre lo primero, hay un cambio de denominación: "Asociación Pública Privada" (APP), suena políticamente más correcto que "privatización".

Sobre los cambios de fondo, las APP desafían el esquema tradicional de privatización, pues se trata de un concepto que comprende mecanismos menos "traumáticos" que la transferencia de las empresas y activos estatales a manos privadas de manera permanente, para dar lugar a relaciones entre el Estado y el sector privado

que resultan en proyectos de desarrollo con riesgos compartidos.

Es en este punto donde se hace evidente la necesidad de superar ciertas barreras aún existentes contra la inversión privada. Dentro del ámbito de las APP, existen reformas pendientes de ser impulsadas, como la necesidad de que las iniciativas privadas (cuando es el privado y no el Estado el que sugiere la idea de realizar una APP) puedan dar lugar a proyectos cofinanciados. No vemos la razón por la que hoy los privados sólo puedan presentar iniciativas privadas para proyectos autosostenibles, sin posibilidad de que el Estado los financie.

De hecho, no hay mejor aliado para buscar oportunidades de inversión que quien conoce mejor el mercado y busca su propio interés. No hay razón para que la búsqueda de proyectos cofinanciados sea efectuada únicamente por las entidades públicas interesadas, pues esto supone dos tipos de costos para el Estado: de un lado, distraer recursos en la identificación de proyectos a los cuales destinar el gasto público, lo cual es costoso, y del otro, la pérdida de interesantes oportunidades de inversión privada.

Otro tema en la agenda pendiente de la regulación de las APP es que se publique la metodología para definir si un proyecto es socialmente rentable y por tanto si recibirá cofinanciamiento estatal.

Son muchas las reformas necesarias para crear un clima más amigable a la inversión privada, pero una necesidad fundamental es reconocer la plena aplicación del arbitraje como medio de solucionar las controversias suscitadas entre los particulares y el Estado. El Reglamento de la Ley de APP pretende evitarlo cuando la controversia involucre decisiones de los Organismos Reguladores en el ejercicio de sus competencias.

Una norma como esta es lamentable, pues para un inversionista de las dimensiones de un concesionario de infraestructura es indispensable que las discusiones contractuales se realicen en sede arbitral, pues las cortes judiciales saben menos del tema, son más lentas y no siempre

son confiables. Además hay un problema de jerarquía de normas, pues se está limitando por Decreto Supremo las reglas contenidas en la Constitución, en la Ley de Arbitraje, en la Ley de Concesiones y en los tratados internacionales.

Ya la jurisprudencia arbitral (nacional e internacional) y judicial han señalado que una cosa es la decisión administrativa del regulador (que no podría ser dejada sin efecto por los árbitros) y otra muy distinta la responsabilidad contractual del Estado derivada de una decisión administrativa contraria al contrato que lo vincula.

De otro lado, fuera del ámbito de las APP, lo que queda pendiente por hacer –en una desafiante tarea de largo plazo– es asegurar que se refuercen los dos pilares de nuestra Constitución Económica: el derecho de propiedad y el respeto de los contratos. La iniciativa privada, que ya vimos es el eje del desarrollo económico y social, no estará adecuadamente protegida si los agentes económicos no tienen claro que su derecho de propiedad y los contratos que celebren serán respetados y, que si el Estado termina interfiriendo, serán indemnizados.

Una pésima señal, en sentido contrario al indicado, es la que dio por ejemplo el Tribunal Constitucional mediante una sentencia que ordenó paralizar un importante proyecto de exploración petrolera en la selva, que contaba con los permisos correspondientes otorgados por el propio Estado. Se alegó que había necesidad de proteger el medio ambiente, pero incluso asumiendo que el proyecto lo impactaba negativamente, lo que correspondía era que el Estado pagase una indemnización por haber cambiado las reglas de juego.

Aprovechemos que somos percibidos como uno de los países latinoamericanos con mayor disposición del gobierno hacia la inversión privada. Esta disposición tiene que dejar de ser coyuntural para hacerse estructural, para lo cual hay que pasar de la inversión en infraestructura a la inversión en educación y salud. Si la primera etapa de la alianza del Estado con el sector privado fueron las privatizaciones y la segunda el reforzamiento de las APP, deberíamos

consolidar la tercera, con un impacto social de mayor intensidad: inversión privada en salud y educación de las personas sin recursos.

2. Si bien la etapa de desarrollo del país comenzó siendo liderada por la inversión y capital extranjero, en la última década el capital nacional ha expandido su influencia dentro la inversión. ¿Qué efectos considera relevantes a partir de este cambio?

L. FLOR: Por lo general, el capital nacional está presente con un socio estratégico en los proyectos. Si bien participa de manera creciente, pronto estará liderando proyectos, dada la experiencia que ha adquirido en los últimos años. De otro lado, los operadores extranjeros cuando participan en los procesos de participación privada, lo hacen en compañía de una firma local, para sumar capacidades.

A. FLORES-ARÁOZ: En estos temas no hay secretos, y es positivo que la gran mayoría de las gentes comiencen a entender las tesis que siempre enarbolamos: Para que exista bien común y bienestar, se requiere trabajo; para que haya trabajo, se necesita inversión; para que se invierta, se necesita tranquilidad en el país, que las reglas de juego, esto es, la normativa sea estable, que la tributación sea predecible y lógica, y que, por otro lado, el Poder Judicial sea autónomo, independiente y confiable. Estamos en una cadena que tiene diversos eslabones y además dos décadas de estabilidad económica, y con una Constitución cuyo capítulo económico otorga las garantías jurídicas a la inversión. Todo ello es lo que ha generado inversión, tanto extranjera como nacional, además que invertir en el Perú, frente a un mundo complicado, resulta rentable.

G. GARCÍA: Los capitales no tienen bandera, el dinero circula en el mundo y se acomoda donde haya mejores posibilidades de desarrollo. Puede ser que en algún momento, el capital extranjero ha tenido una cierta preponderancia en el desarrollo de infraestructuras, creo que todavía lo tiene (hay muchos sectores donde preponderantemente se reciben capitales extranjeros o aterrizan capitales extranjeros para las in-

versiones en infraestructura); sin embargo, en hora buena, la complementación con el capital peruano significa, por un lado, que la economía peruana está creciendo, y por otro lado, que el empresario peruano tiene igual o mejor capacidad que un extranjero para desarrollar un área de negocio. En ese sentido, la economía peruana estaría dando signos bastante tangibles de la mejora, en capacidad tanto económica como de manejo administrativo.

Existen paradigmas, y creo que el Estado tiene aún el paradigma que solo una empresa de gran envergadura puede manejar, por ejemplo, un puerto. Sin minimizar una administración, no porque se trate de algo grande se puede hacer mejor.

C. O'NEILL: Hay una primera constatación práctica, y es que la inversión nacional y extranjera, por mandato constitucional, son tratadas de manera equitativa. Una segunda constatación práctica es que la mayor participación de capitales nacionales en la economía es resultado de la creación y consolidación de fuentes de riqueza ubicadas en el país. Eso es bueno porque no se trata de capitales que están de paso, sino que revelan el interés por apostar en el mercado nacional y por tanto la confianza en nuestras instituciones (derecho de propiedad, respeto de los contratos). El impacto en el empleo, y por tanto en el bienestar social, es evidente.

3. ¿Considera adecuados o suficientes los mecanismos de protección respecto a las posibles prácticas abusivas de la inversión privada? Por ejemplo, la contaminación, sobreexplotación laboral, etc.

L. FLOR: Se ha avanzado en el caso de la Legislación sobre Libre Competencia, por ejemplo, mediante el Decreto Legislativo No. 1034, pero en el caso ambiental hay sectores como el Minedro donde se ha avanzado; sin embargo, en otros como transporte falta mejorar. En el área laboral, falta fiscalización efectiva, pues las normas y derechos ya se han sido regulados, pero falta una fiscalización y cultura de cumplimiento de la normativa.

A. FLORES-ARÁOZ: Lo que tenemos que afinar más son a los entes reguladores y fiscalizadores, sin olvidar las inspecciones laborales, pero todo ello sin ahogar a los inversionistas y sin que paguemos más burocracia improductiva. Es conveniente abrir el universo de fiscalizados, incorporar más empresas a la formalidad, incluir en la misma a más trabajadores, pero no nos concentremos siempre en las que ya son formales y no necesitan que las aprieten más.

G. GARCÍA: El tema de contaminación y medio ambiente es últimamente una constante en la actividad empresarial, no solo acá, sino en todo el mundo. Hay que hacer negocio responsable, crear empresa responsable, cuidando y protegiendo el medio ambiente. Estamos viviendo la etapa de calentamiento global, acaba de haber un derrame espantoso en el Golfo de México, ha habido otro en el Mar Amarillo en China que es peor. Siempre hay que estar cuidando el tema medioambiental, es uno de los "steps" que hay que cumplir antes de obtener las licencias si es que nos vamos a circunscribir al tema de Ancón y desarrollarlo.

En cuanto a prácticas abusivas, lamentablemente es algo que existe en diferentes sectores de la economía informal, pero la empresa formal cumple con todos los parámetros y nosotros somos los más respetuosos en cuanto a legislación laboral, ambiental y, en general, el marco jurídico del desarrollo de nuestra actividad

C. O'NEILL: El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) señala en los Lineamientos para lograr mejores servicios públicos estatales al menor costo y las APP, que la participación del Estado en la economía se justifica si tiene como objetivo internalizar externalidades y proveer bienes públicos. La contaminación es un ejemplo de externalidad que debe ser internalizada por quien la causa, y para ello debe someterse a las regulaciones que buscan evitarla e indemnizar a quienes resulten afectados con ella.

Son interesantes los avances que viene corroborándose en lo referido a la toma de conciencia sobre la necesidad de conciliar el desarrollo de la inversión privada con la necesidad de pre-

servar la sostenibilidad del medio ambiente. Curiosamente, el desarrollo de la regulación más importante referida a la necesidad de contar con instrumentos de gestión ambiental se ha producido durante un régimen económico que promueve la inversión privada. Cuando el Estado era el principal gestor de la economía había menos "conciencia ambiental".

Sobre la "sobrexplotación laboral", pienso que un clima favorable a la inversión privada crea mejores condiciones para promover la competencia empresarial, lo que a su vez repercute en la mejora del clima laboral.

POLÍTICA PORTUARIA

4. Para desarrollar el país, es importante contar con una debida infraestructura. Dentro de todas las actividades que resultan del desarrollo de las comunicaciones, ¿por qué sería atractivo invertir, construir y operar un puerto?

L. FLOR: El puerto es un componente importante en la cadena logística, que permite pasar de un modo de transporte marítimo a uno terrestre y viceversa. El 95% del comercio exterior peruano se moviliza por vía marítima. Si la estrategia de crecimiento económico se basa en las exportaciones (los TLCs son oportunidades para incrementar las exportaciones), es crucial contar de puertos eficientes para llegar a los mercados. Un puerto ineficiente es equivalente a una mayor distancia a los mercados (o fletes más altos), lo que restaría competitividad a los exportadores peruanos. En el Perú, los costos logísticos que enfrentan los exportadores (29%) superan a la media de la región (20%), por lo que existen razones de peso para invertir y mejorar la calidad de los servicios portuarios.

A. FLORES-ARÁOZ: Es más que evidente que la demanda interna es insuficiente y que necesitamos exportar excedentes; para ello, el Perú viene trabajando con notorio afán en ampliar los mercados para exportar nuestros productos, no solo los tradicionales de origen agrícola, pesquero, minero y textil, sino ampliar la lista con productos manufacturados, que exista valor

agregado, que haya expansión de la agro industria, etc. Ampliar nuestra capacidad productiva demanda traer maquinarias e instalaciones modernas, y ellas, para ingresar al Perú, necesitan puertos modernos, como también para la salida de nuestros productos a los mercados del exterior. Cada vez más se nota en el mundo el adelanto tecnológico en puertos y cada año los buques cargueros son más grandes, por ello, es indispensable ampliar nuestros puertos, modernizarlos, hacerlos competitivos, dar facilidades al manejo de mercancías de exportación y de importación. Cuando en algunos puertos el Estado abrió posibilidades a la inversión privada, ella se interesó. No hubiera existido interés si el tema portuario no fuera rentable.

G. GARCÍA: Si estuviéramos en otros países, de repente no sería tan interesante. En el tema portuario, la mayoría de los puertos de la costa peruana, principalmente son beneficiarios, es decir, *súper-habitarios* (generan ingresos o son rentables). También existen ciertos puertos en el interior del país que, hasta donde conozco, no son necesariamente rentables, y por un tema social debería persistir algún rol subsidiario del Estado.

Hablando del desarrollo de la infraestructura de transportes, y puntualmente el tema portuario, de acuerdo a un estudio que ha desarrollado el Instituto Peruano de Economía, la brecha de infraestructura que tenemos en el sector portuario es de alrededor 3,600 millones de dólares. Algo se ha avanzado con las últimas inversiones, sin embargo subsiste tal brecha, de la cual, la mitad (1,500 millones de dólares aproximadamente) es de la zona de Lima y Callao.

Nosotros, en virtud de ese déficit de infraestructura, y que existe un marco regulatorio que se llama "La Ley del Sistema Portuario Nacional" y el "Plan Nacional de Desarrollo Portuario", que considera diferentes locaciones geográficas para el desarrollo de infraestructura portuaria a nivel nacional –una de ellas es la zona de Ancón–, presentamos tiempo atrás a la Autoridad Portuaria Nacional nuestro Plan Maestro para evaluar la posibilidad de desarrollar una infraestructura en esa zona, la cual va a atender la

zona de influencia que es Lima-Callao, que es la misma que atiende el Puerto del Callao, llámese DP World o el Muelle Sur, con la infraestructura que atiende ENAPU, complementando y cerrando un poco la brecha en infraestructura.

Entonces, si hay demanda para manejar carga a través de un punto de transferencia intermodal (porque se pasa de un medio marino a un medio terrestre, y viceversa), se cobra por ello: hay un servicio de manipuleo, de transporte, de uso de infraestructura. Si hay una demanda adecuada, se hacen las cifras, y si da el negocio, se hace. Si no diera el negocio, tendría que ser subsidiario y debería hacerlo el Estado por un tema de servicio a la comunidad.

Existe mucha carga que necesita un punto de trasbordo (medio de transporte terrestre/ acuático) y se ve la posibilidad de hacer una infraestructura, contra el cobro de peaje (que se hace en todo el mundo), y si es rentable, el negocio procede. En este caso se da porque existe demanda. Lo que falta es infraestructura a tarifas competitivas y mejores que las del Muelle Sur.

C. O'NEILL: El Perú mantiene y va a mantener diversos tratados de libre comercio con distintos países como Chile, Estados Unidos, Canadá, China, Singapur, la Unión Europea, etc. No hay cómo aprovechar las ventajas de dichos acuerdos comerciales sin adecuadas puertas de entrada de las mercancías. Los puertos son pues un importante mecanismo para el desarrollo productivo con miras a la ejecución de dichos tratados y al aprovechamiento de sus beneficios.

Tratándose del puerto del Callao, la necesidad de promover la inversión privada es más que evidente: su ubicación estratégica en la Costa Occidental de América del Sur ha generado un notable crecimiento del tráfico, pero sigue siendo un cuello de botella. La carga del Callao ha aumentado en un promedio de 6% anual. Representa al 89% de los TEUs operados en el Perú (un TEU equivale a un contenedor de 20 pies). El puerto ha experimentado un crecimiento medio de movimiento de contenedores en el

periodo 2002-2008, de aproximadamente 9% anual. Sin embargo, la peor infraestructura con que cuenta el país es la portuaria, ocupando el puesto 126 entre 133 países en el ranking de competitividad global, de acuerdo a afirmaciones de AFIN (Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional).

Las importantes ineficiencias de infraestructura portuaria se reflejan en una severa congestión, baja productividad, altos costos de despacho y baja calidad del servicio a los clientes.

Es imperiosa la necesidad de contar con un puerto *hub* en el Callao, de modo que pueda aglutinar una gran cantidad de contenedores, unos para ser distribuidos a su zona de influencia y otros para su posterior distribución a los puertos de destino final. Todo puerto *hub* debe tener fácil acceso a las líneas regulares de navegación más importantes y debe estar ubicado en una zona de estabilidad económica y laboral.

5. ¿Cuáles cree que son las externalidades negativas y positivas de la actividad portuaria, tanto en el aspecto social, laboral y ambiental?

L. FLOR: Las externalidades negativas están relacionadas a los impactos sobre el suelo marino, ya sea por el dragado realizado, la deposición de material o la presencia de infraestructura. En otros casos se puede generar congestión o riesgos por la seguridad alrededor del puerto. Sin embargo, existen los mecanismos para mitigar estos efectos.

Las externalidades positivas son, por ejemplo, las ganancias de áreas al mar, la elevación del costo de los terrenos en el entorno, desconcentración de las inversiones, reducción de la congestión en otros puertos y vías, deterioro del sistema urbano, incremento del transporte y mayores oportunidades para los exportadores, entre otros.

En lo social, una nueva actividad puede activar algunos rechazos de algunos grupos sociales, sin embargo, la actividad portuaria es compatible con otras actividades, por ejemplo, la pesca.

En lo laboral, solo se observan externalidades positivas, pues todas las actividades que se realizan en los puertos son formales.

A. FLORES-ARÁOZ: Eso lo tendrán que decir los expertos en el tema, y definitivamente yo no lo soy, pero tal reconocimiento no me inhibe de señalar que tienen que estudiarse todos los aspectos que concurren en las definiciones, sin soslayar ninguno.

G. GARCÍA: Al margen de los beneficios directos en la población por el incremento de la actividad comercial, se crean puestos de trabajos estables, se instalan otras empresas, un círculo virtuoso, pues del hecho que se instale una empresa de la magnitud de un puerto como el que se pretende desarrollar va a generar que otras empresas vayan ahí, llámense Terminales de Almacenamiento, Agencias de Aduanas, Capitanía de Puerto Montada, etc. Incluso, la renta de aduana va al gobierno local o regional donde se instala la Aduana (existe un tema un poco ambiguo, pues no se entiende lo establecido por la ley de Rentas de Aduana; entendemos que debería ser directamente al gobierno local), al margen de las demás actividades colaterales (restaurantes, bancos, servicios médicos, etc.). Todo ello genera un polo de desarrollo.

Nosotros, como proyecto *per se*, tenemos presupuestado alrededor de un millón y medio de soles para labores de responsabilidad social. No contamos en estas cifras la generación de beneficios que producirían las demás empresas que ingresen al área.

En cuanto a externalidades negativas, es un hecho que toda actividad humana genera un impacto en el medio ambiente. Basta que una persona use el transporte público, fume un cigarro, etc., ya se encuentra contaminando. Por otro lado, también existe el paradigma que las embarcaciones de transporte marítimo también contaminan. Nada más alejado de la realidad. Solo por dar un ejemplo, las embarcaciones que transportan mercancía de manera masiva (buques grandes) tienen una tripulación que bordea las 20 personas. Esa embarcación tiene a bordo una planta de

tratamiento de aguas residuales. De acuerdo a los convenios internacionales, se exige a las embarcaciones que circulan por el medio marino ciertos requisitos para que puedan arrojar algunos afluentes. Por ejemplo, las aguas de todos los baños de la ciudad de Lima se van al mar y no pasan, actualmente, por ningún sistema de tratamiento. Las aguas que bota un buque mercante, que son usadas por la tripulación, deben pasar por un tratamiento para limpiarlas y separar residuos sólidos, no pudiendo ser arrojadas al mar libremente, con límites de caudales, tampoco se puede desechar residuos oleosos ni plásticos, nada que no sea biodegradable. Incluso, los aceites usados son extraídos por empresas especiales para ser reciclados. Este control no solo existe acá, sino en distintos países por donde pase el buque mercante, de lo contrario, no puede navegar. Incluso, ninguna empresa aseguradora podría cubrir el buque (y el seguro es un tema vital para el transporte marítimo), porque la carga tiene un valor alto, y si no se cumplen con los requisitos técnicos, ninguna empresa asegurará la embarcación. Paradójicamente, más contaminan los yates, que son más pequeños, pues no cuentan con sistemas de tratamiento de residuos, contaminando más que los buques mercantes.

El mayor riesgo de contaminación, en el tema mercante, son los accidentes, pero los cuales no son contaminantes *per se*. La tasa de accidentes de embarcaciones mercantes es bajísima, por ejemplo, en 20 años solo ha existido un accidente en el Callao, donde se hundió una embarcación hace 4 años, que llevaba láminas o planchas de metal, ¿Cuánto contaminó la bahía del Callao? Nada.

C. O'NEILL: La inversión en infraestructura portuaria genera empleo directo e indirecto, especialmente durante las etapas de construcción y equipamiento. La etapa de operación genera empleos de alta calificación, como operadores de grúas pórtico, expertos de planificación de uso de zonas terrestres y atraque de navíos, ingenieros eléctricos y mecánicos, personal de informática, etc. Los trabajadores deben estar altamente capacitados.

A pesar de lo anterior, no se puede perder de vista que el tema laboral presenta una fuerte contingencia para el inversionista, no solo por la fuerte carga pensionaria que hoy mantiene ENAPU, sino además en la medida en que el sector portuario cuenta con un sindicato de trabajadores bastante fuerte y con gran influencia en las decisiones políticas. Se trata de un sector tradicionalmente resistente a la entrada de la inversión privada en la administración portuaria.

Evidentemente, la construcción y operación de un puerto genera impactos ambientales significativos, como los derivados de las actividades de remoción de materiales del fondo marino como consecuencia del dragado, de la construcción de las estructuras de los muelles, etc. De lo que se trata es de encontrar la forma más efectiva de mitigar el impacto ambiental, incorporando las mejores prácticas internacionales para el diseño y construcción de infraestructura portuaria, así como aplicando un adecuado programa de seguridad y salud ocupacional.

Al respecto, la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN) obliga a que los proyectos y planificación de desarrollo portuario, así como la gestión de la infraestructura e instalaciones cuenten con programas de protección del medio ambiente, recolección y eliminación de residuos sólidos y líquidos, y capacitación general en prevención de accidentes.

6. Entre la concesión, la iniciativa privada y la APP (Asociaciones Público-Privada), ¿cuál de todas las modalidades cree usted que se adapta mejor al desarrollo de un proyecto portuario?

L. FLOR: La modalidad de participación privada depende de la necesidad de inversión. Si se trata de un terminal portuario nuevo y que debe ser rehabilitado, corresponde efectuar una concesión a largo plazo. En cambio, si se trata de la explotación de los servicios portuarios sin inversión, porque esta existe, es suficiente un contrato de gerencia o explotación (por 3 a 5 años).

Otra modalidad alternativa es la asociación en participación. Esta manera se ha propuesto para

el caso del Muelle Norte del Terminal Portuario del Callao. En este caso, el Estado comparte riesgos y negocio con un operador calificado. Un mecanismo de selección es utilizar, por ejemplo, un factor de competencia, por el cual la empresa que ofrezca mayor participación al Estado será la ganadora.

En suma, la forma de participación privada depende de las necesidades de inversión y *know-how* que se requiere para cada puerto.

A. FLORES-ARÁOZ: Mientras existan claras normas regulatorias y eficiente vigilancia de su cumplimiento, cualquiera de las fórmulas es apropiada. Evidentemente, con la primera retornan al Estado después de algunos lustros las instalaciones concesionadas y sus mejoras, la segunda tiene mayor versatilidad para el inversor, y la tercera hace socios al sector privado con el público, aunque siempre con los bemoles de cambios frecuentes de los representantes del sector público, que pueden quitarle agilidad al tema.

G. GARCÍA: De acuerdo al marco normativo vigente, cuando ya hay una infraestructura desarrollada, como pueden ser los puertos existentes que maneja ENAPU, lo que funciona es un modelo de concesión, es decir, el Estado se retira y se lo deja al privado, pero es sobre algo existente, lo cual produce que el privado realice las mejoras necesarias.

En el caso de una infraestructura inexistente, tranquilamente funciona el modelo de iniciativa privada, por ejemplo, el que nosotros hemos tomado. Hemos recogido la ubicación geográfica que considera el Estado, hemos analizado los estudios de rentabilidad.

Personalmente, el tema de Asociación Público-Privada no me gusta porque, como se estableció previamente, el Estado no es muy buen administrador ni podría ser, creo yo, un buen socio del privado, porque el Estado reacciona más lento en sus decisiones comerciales, tiene muchas ataduras, un marco legal que no le da mayor flexibilidad. Además, hay que tener en cuenta que muchas veces los funcionarios públicos

hacen algo y terminan enjuiciados. En algún momento, un funcionario público me mencionó que en el sector privado, uno puede hacer todo aquello que no le prohíba la ley, mientras que en el sector público es todo lo contrario, pues solamente puede hacer lo que la ley le autoriza a hacer. Por ende, una Asociación Público-Privada no caminaría.

C. O'NEILL: Es necesario distinguir los conceptos de "concesión", "iniciativa privada" y "APP". El concepto global es el de APP o Asociación Público Privada, que como ya vimos, es la actual forma de promover la inversión privada. Las APP pueden presentarse en diversas modalidades, incluyendo la venta de acciones y activos de empresas estatales (que eran las formas más usadas en la ola de privatizaciones de inicios de los años noventa). La forma de APP más usada hoy es la concesión, pues presenta diversas ventajas. Ahora bien, las APP se dan por iniciativa estatal o por iniciativa privada, a la que ya se ha hecho referencia.

Aun cuando las concesiones y las privatizaciones tienden a alcanzar los mismos objetivos –asegurar la operación y administración profesional de las inversiones en infraestructura–, se diferencian en varios aspectos clave. En primer lugar, las concesiones no necesariamente incluyen la venta o transferencia de la titularidad sobre los activos, sino sólo el derecho de usarlos para que la empresa funcione. Y si hay transferencia de propiedad, esta es temporal. En segundo lugar, los contratos de concesión se suscriben por un periodo limitado de tiempo. Por último, en el modelo de concesiones, el gobierno, como titular de los activos, ejerce funciones de control.

Mientras que el concepto de APP enfatiza la convergencia de intereses privados y públicos en la realización de un proyecto, el concepto de iniciativa privada tiene que ver con a quién se le ocurre la idea. No es el Estado sino un inversionista privado quien tiene la "iniciativa". La idea de una iniciativa privada es que un particular proponga la idea de establecer una alianza con el Estado. Si aprueba la idea, el Estado la hace suya y convoca a los interesados a un concurso para elegir la propuesta más conveniente.

Para expresarlo en términos simples, toda iniciativa privada involucra una APP, pero no toda APP involucra una iniciativa privada.

La consagración normativa y la regulación de las iniciativas privadas es de suma importancia, pues de esa forma se alienta a los inversionistas privados a empaquetar ideas, "venderlas" al Estado y llevarlas a la práctica.

Específicamente en el sector portuario, la LSPN señala que la infraestructura portuaria podrá ser entregada en administración al sector privado hasta por 30 años en cualquiera de las siguientes modalidades: asociación en participación, contratos de arrendamiento, contratos de concesión, contratos de riesgo compartido, contratos de gerencia, contratos societarios, entre otras.

Para determinar la mejor forma de propiciar la iniciativa privada en la organización y administración de los servicios portuarios existen diversas alternativas cuya selección dependerá del tamaño del puerto, de su situación inicial y del servicio que se quiera brindar.

La concesión supone la gestión o prestación del bien o servicio público, pero también puede suponer la construcción de una obra. Por lo general se recibe activos físicos por parte del Estado, que son operados (a veces en propiedad) por el concesionario.

La mejor opción es la concesión en la medida en que es la modalidad que más seguridad brinda al inversionista. Así, encontramos que contiene un mayor número de garantías por parte del Estado, es un contrato ley, contempla mayores beneficios tributarios (como por ejemplo, una tasa acelerada de depreciación de los activos), contiene el régimen más predecible en cuanto a las obligaciones a asumir por ambas partes, y contempla un régimen arbitral para la solución de controversias.

Otro beneficio no poco importante es que los convenios de estabilidad jurídica accesorios a los contratos de concesión pueden tener una vigencia mayor a diez años, que es el plazo

ordinario, para regir por todo el periodo de la concesión.

Además, el Estado está obligado a indemnizar al concesionario si suspende, deja sin efecto o modifica la concesión. El pago de la indemnización se garantiza por un contrato suscrito por el Estado peruano.

Por último, la concesión es la modalidad que más se viene utilizando. Es el caso del Terminal Portuario de Paíta, el Terminal Portuario de Matarani y el Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao (Muelle Sur).

En cuanto a los proyectos que se encuentran en cartera de PROINVERSIÓN, para los cuales se tiene previsto que se entreguen al sector privado bajo una concesión, se encuentran el Terminal Portuario General San Martín en Pisco, el Terminal Portuario de Pucallpa, el Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas y el Terminal Portuario de San Juan de Marcona.

7. Existe una sociedad, la Fundación Valencia Ports, que tiene encargada la elaboración de estudios de predicciones de demanda de tráfico portuario, que permita determinar y sostener la viabilidad técnica, económica y financiera de los puertos del Sistema Portuario Nacional, para fortalecer las obligaciones de la APN y establecer políticas de desarrollo portuario para afianzar la competitividad portuaria en el ámbito nacional e internacional. Como consecuencia de ello, dentro de los puntos a tratar se encuentra la prohibición de la construcción de puertos dentro de las bahías. En tal sentido ¿cuáles considera que serían las implicancias que tendría dicha propuesta? ¿Es viable la coexistencia de una bahía y un puerto?

L. FLOR: Generalmente, los puertos en el Perú, como en otros países, se han construido en las bahías, por razones de profundidad y de abrigo de corrientes y vientos. La construcción fuera de las bahías es muy onerosa, lo que haría inviable el financiamiento del proyecto, dada la demanda. En España, la inversión portuaria la realiza el

Estado (rompeolas y muelles), el sector privado solo invierte en superestructura (grúas, patios, y almacenes). En cambio en el Perú, las nuevas terminales las financia el sector privado.

Una sugerencia como la de Fundación Valencia Ports reduce las posibilidades de inversión, a menos que el Estado Peruano asuma (algo que parece difícil) la inversión en las obras de infraestructura.

A. FLORES-ARÁOZ: Hoy en día, lo más común en el mundo es que se hagan puertos fuera de las bahías, pero ello lógicamente encarece el tema. Lo conveniente es estudiar cada ubicación que se pretenda para los puertos, y si ella afecta a lo que ya existe en la bahía. Creemos que cuando tenemos tan poco y se necesitan tantas inversiones portuarias, no deberíamos exagerar en ponernos exquisitos.

G. GARCÍA: Ese planteamiento es totalmente falso, pues no existe en ninguna parte del mundo. Dicha fundación, Valencia Ports, que tiene que ver con el puerto de Valencia, en España, está asesorando a la Autoridad Portuaria Nacional en la actualización del Plan Nacional de Desarrollo Portuario, y esa mentira que existe una norma que prohíbe el desarrollo de infraestructura en bahías fue dicha por un funcionario de la fundación, pero que representa una opinión personal. Es más, todos los puertos del mundo, actualmente y en futuros desarrollos, se construyen dentro de aguas naturalmente protegidas, llámense bahías. Callao, grande o chica, es una bahía; el puerto de Miami está dentro de una bahía; el mismo Valencia es un puerto que está en una bahía; Cartagena es una bahía, y es un puerto sumamente comercial y turístico. Todas son bahías. El tema es que se debe desarrollar una actividad portuaria en armonía y con responsabilidad, porque si se va a querer hacer lo que se da la gana, va a haber un impacto.

No se puede desarrollar ningún tipo de infraestructura o actividad, sea comercial o industrial, si es que no se tiene un estudio de impacto ambiental. Dentro del estudio, se determina una línea base, que no es otra cosa que la "foto" del ambiente en ese momento, se implanta el

proyecto sobre ese entorno, y se miden que impactos negativos o positivos pueden haber. Sobre ello, la empresa propone un plan de manejo ambiental, el cual se debe cumplir para minimizar o eliminar cualquier impacto que pudiese alterar el daño del medio ambiente, siendo monitoreado constantemente.

C. O'NEILL: No conozco la propuesta de la Fundación Valencia Ports, pero naturalmente es bienvenida toda propuesta elaborada con el propósito de mejorar la competitividad de los puertos peruanos.

En cuanto a la prohibición de construir puertos dentro de las bahías, habría que ver el sustento técnico. En el caso peruano, el Estado está promoviendo la inversión privada en el Terminal Portuario General San Martín de Pischo. El proyecto consiste en la modernización, rehabilitación, instalación de grúas y operación del terminal por un periodo de 30 años, con el propósito que el puerto sea alterno al Callao.

Se ha discutido mucho acerca de la viabilidad del proyecto del Puerto de Pischo en la medida en que afectaría el ecosistema de la bahía de Paracas. El Gobierno ha sostenido que dicho puerto será fundamental para la agro-exportación desde Nazca hasta Cañete y que gracias a su conexión con la vía de los Libertadores permitirá movilizar las exportaciones de Huancavelica, Ayacucho y Apurímac.

8. ¿Cuáles cree usted que sean las razones por las cuales existen inversiones privadas que no generan un beneficio en general? Por ejemplo, teniendo en cuenta que en la actualidad existe el puerto Muelle Sur (en la zona del Callao), Muelle Norte (en proyecto de ser aprobado) y el Puerto de Ancón (que se encuentra en evaluación), los cuales se encuentran en la misma zona de afluencia comercial, que generaría, según estudios técnicos, un alza en las tarifas sin ningún valor agregado.

L. FLOR: Entre las terminales Muelle Sur y Muelle Norte se producirá una competencia intraportuaria, y entre estas y el Puerto de

Ancón se producirá una competencia interportuaria. En cualquier escenario, la capacidad competitiva permitirá mejorar los precios y la calidad de servicio. Por lo que, en cuanto a servicios portuarios, se espera menores precios y mayores eficiencias, por lo que no se prevé incrementos. El valor agregado se centra en las mayores eficiencias en la operación portuaria. Si la presencia de estos operadores no lleva a menores tarifas, se puede suponer la presencia de una conducta colusoria, que INDECOPI debe monitorear y actuar oportunamente.

A. FLORES-ARÁOZ: Tengo entendido que la Autoridad Portuaria Nacional realizó estudios con el propósito de tener un plan general portuario, el que debería ser atendido por todos los que, sean del Sector Privado o del Sector Público, quieran hacer inversiones portuarias. La definición de la ubicación de puertos no puede ser discrecional sino fruto de estudios técnicos para evitar errores que pudieren cometerse, y que al final sea el usuario y el consumidor quien pague las equivocaciones. En lo que se refiere al pretendido puerto de Ancón, reitero la pregunta que ningún técnico me ha podido responder: ¿Por qué si teniendo más de 3,000 kilómetros de litoral, Santa Sofía pretende hacer su puerto en Ancón? ¿Será tan Santa como su nombre?

G. GARCÍA: Quisiera saber qué estudios técnicos mencionan el alza de las tarifas, según se ha dicho por los medios de comunicación. Como se mencionó previamente, existe un estudio que establece la cantidad de la brecha en infraestructura existente. Imaginemos además de la infraestructura e inversión actual, que opere el Muelle Norte y que lo opere una empresa grande, que es lo que desea el Estado (no podemos entender justificación alguna para ello), podríamos hacer Ancón y todavía faltaría más. No solo eso. Cuando se concesionó el Muelle Sur en el 2006; en algún momento nos entrevistaron "Semana Económica", a quienes les establecimos que aun cuando el Muelle Sur comience a operar, la demanda va a ser tan grande que va a empezar a operar a capacidad máxima y los buques van a seguir haciendo colas en el Callao.

Ello es hoy. Nos encontramos firmando Tratados de Libre Comercio con China, EEUU, Europa, y otros más, y la demanda por movimiento de carga va a crecer mucho más de lo que ha crecido estos últimos años. Solamente la carga doméstica, es decir, la carga que nosotros traemos y nosotros exportamos, y si a ello le agregas un importante mercado de carga de trasbordos –hablando solo de contenedores de trasbordo, que son para Chile y eventualmente algo para Ecuador, ahí hay otro potencial importante que no es considerado. Las estadísticas que manejan los diferentes actores económicos que realizan este tipo de actividades, demuestran movimientos grandes. A la mitad de este año se ha movido mucho más que la mitad del año del 2008, sin considerar el potencial de carga de trasbordo que vemos pasar por nuestras costas y no lo atendemos.

Para hacer un ejemplo sencillo, el Aeropuerto Jorge Chávez, antes que lo concesionen, con la justa manejaba un tránsito de pasajeros peruanos. Hoy por hoy, después de la inversión hecha por Lima Airport Partners, se ha convertido en el "Hub" de TACA, LAN y otras líneas aéreas. Se ven pasajeros que se bajan de un avión al otro: ello es trasbordo. Lo mismo puede suceder en los temas portuarios si es que tuviésemos la infraestructura portuaria adecuada. La mayoría de pasajeros que pasan por el Aeropuerto Jorge Chávez, podemos asegurar que no son pasajeros que entran y salen del Perú, sino que responden a varios trasbordos.

Teniendo infraestructura adecuada, se puede atender la propia demanda y aun captar algún adicional, y apuesto a que no cobran (en el aeropuerto) lo que pudiese cobrar algún otro aeropuerto. Por ello es que es el "Hub".

C. O'NEILL: Intuyo que esta pregunta está relacionada con la competencia interportuaria e intraportuaria.

A propósito de la modernización del Terminal Portuario del Callao, algunos sostienen que la mejor opción es promover la competencia interportuaria, en la medida en que el servicio que se pretende brindar se desarrollaría en

mejores condiciones si es que un solo operador opera todas las instalaciones. Así, en el caso del Muelle Sur y el Muelle Norte se sostiene que se generaría mayor eficiencia si un solo operador portuario administra ambos terminales.

Habría razones para incentivar el desarrollo de puertos con un solo operador, que compita con otros puertos de la región, pues de esa forma se generarían interesantes sinergias: las embarcaciones alimentadoras no harían escala en múltiples terminales, habría mayor flexibilidad para asignar amarraderos, una mejor planificación de la expansión de la capacidad del terminal, un movimiento más eficiente entre los terminales para transbordo y otras ventajas derivadas de las economías de escala.

Una posición como esa tendría que ir de la mano con serios controles tarifarios y con una regulación gubernamental sólida y eficaz, con el propósito de evitar prácticas abusivas.

De otro lado, hay quienes señalan que la competencia intraportuaria es la mejor alternativa debido a que habría una mayor y más eficaz competencia entre los servicios que brinden ambos puertos. Se añade que las tarifas tenderían a bajar. Al respecto, cabe señalar que de acuerdo con lo señalado en la LSPN, corresponde a OSITRAN regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia. En igual sentido, de acuerdo con el Reglamento de Tarifas de OSITRAN, cuando los mercados se desarrollan en libre competencia no es aplicable la fijación tarifaria por parte de OSITRAN. En tales situaciones opera el "régimen tarifario supervisado" que permite establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios que se presten en condiciones de competencia en los mercados respectivos.

La opción de promover la competencia intraportuaria ha sido asumida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), que por Decreto Supremo No. 033-2010-MTC ha señalado que, con el propósito de asegurar la competencia en la prestación de los servicios portuarios, en el caso de los puertos donde se prevea la participación de más de un administrador

portuario, no podrá participar en los procesos de selección el administrador portuario privado que haya suscrito un contrato con el Estado para administrar la infraestructura portuaria de titularidad y uso público en el mismo puerto. O sea, vía Decreto Supremo se ha excluido a DP World, que opera el Muelle Sur, de la participación en el concurso para obtener la concesión del Muelle Norte. El MTC considera que la existencia de más de un operador privado generará una mayor oferta de servicios portuarios con menores costos para los usuarios y con mejor calidad, dinamizándose así el mercado portuario.

9. Por último, ¿cuál es su opinión respecto a la gestión de las principales entidades estatales que son competentes respecto a la actividad portuaria (sea PROINVERSIÓN, MTC, APN, OSITRAN, etc.)?

L. FLOR: Han pasado por ciclos altos y bajos. Por ejemplo, hoy se reconoce una debilidad institucional en los organismos reguladores, por razones internas y externas. Por el lado de PROINVERSIÓN, hace falta un mecanismo para capitalizar experiencia entre los diversos comités, parece como que existiera un poco de aislamiento entre ellos y falta mayor coordinación interna y externa, es decir, con el ministerio o sector, el regulador, el Ministerio de Economía y Finanzas, incluso la Contraloría. La Autoridad Portuaria Nacional debe tener una participación más protagónica y más coordinada con el Ministerio de Transportes, de manera que las señales a los inversionistas sean las deseadas. Por otro lado el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debe tratar de mantener un equipo técnico a lo largo del tiempo. Todo ello debe formar parte de la agenda institucional en la promoción de la participación privada.

A. FLORES-ARÁOZ: Cada autoridad tiene su función, PROINVERSIÓN para captar la inversión, pero una vez realizada, cesó en el tema. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones para normar, OSITRAN para fiscalizar y regular, y la Autoridad Portuaria Nacional para los aspectos técnicos y de autorizaciones. La verdad es que suena a mucho, y bien valdría el esfuerzo, como

se ha realizado con la creación del Ministerio del Medio Ambiente, para reducir el número de autoridades comprometidas.

G. GARCÍA: En términos generales, son entes básicamente reguladores y normativos de la actividad. Hay algunas instituciones relativamente jóvenes, que han aprendido y están en proceso de consolidación dentro del entorno, pero hay buenos profesionales, que en la medida de lo posible están desarrollando su gestión de la mejor manera. Puede ser que en algunos casos existan algunos vacíos legales o administrativos en las normas que se dicten internamente o entre los procedimientos que se manejan versus lo que sucede en la dinámica externa, pero están terminando de consolidarse y creo que en el corto plazo van a ser lo suficientemente eficientes como para coadyuvar que el entorno portuario nacional se desarrolle lo más rápido posible.

C. O'NEILL: En primer lugar tenemos al MTC y a la Autoridad Portuaria Nacional (APN). La APN es un Organismo Público Descentralizado, pero adscrito al MTC y dependiente de éste. Tiene personería jurídica de derecho público interno, patrimonio propio y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, así como facultades normativas por delegación del MTC.

El MTC es una entidad principalmente política (así lo han ratificado los últimos eventos en materia portuaria), mientras que a la APN se le considera más bien como una entidad técnica. De hecho, es la entidad que propone y desarrolla el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, aprueba y supervisa los expedientes técnicos de la infraestructura portuaria, establece las normas técnico-operativas para desarrollar las actividades portuarias, etc.

La Empresa Nacional de Puertos (ENAPU) es el administrador portuario que desarrolla actividades y servicios portuarios en los puertos de titularidad pública. Al día de hoy administra los Terminales Portuarios de Chimbote, Salaverry, Ilo, Chicama, Iquitos, Puerto Maldonado, entre otros.

La opinión pública, con justa razón, reaccionó airadamente frente a la emisión del Decreto Supremo No. 019-2010-MTC de abril de 2010. Con esta norma no sólo quedó claro que la única forma de privatizar el Muelle Norte del Callao es mediante una asociación en participación entre el inversionista y ENAPU (que claramente ejerció fuertes presiones políticas), sino que además incluyó un lamentable mandato: que el proceso de selección sería por concurso público o por invitación. La conjunción disyuntiva "o" era realmente escandalosa.

Tres días después tuvo que salir el Decreto Supremo No. 020-2010-MTC para corregir este grueso error: quedó claro que el proceso de selección es público (no por invitación).

La LSPN, evidentemente de mayor jerarquía que los Decretos recientemente promulgados, no prevé que los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria pública incorporen necesariamente a ENAPU en su desarrollo. El Decreto incluye esta exigencia, limitando así el alcance de la Ley.

Por lo demás, de dichos Decretos Supremos podía entreverse que la concesión no sería la modalidad a emplearse para promover la inversión privada en el Muelle Norte. Y lo que es peor, tampoco quedaba claro cómo operaría la Asociación en Participación.

Estas dudas han sido parcialmente aclaradas por el MEF, que sin enmendarle del todo la plana al MTC, afortunadamente ha señalado que la modalidad a emplearse será la concesión (Decreto Supremo No. 146-2020-EF). Se indica que en los casos en los que la participación de la inversión privada en proyectos de infraestructura incorporados a los procesos a cargo de PROINVERSIÓN, se realice a través de asociación en participación (nótese la clara referencia a los Decretos Supremos del MTC, referidos con nombre propio al Callao), el diseño del proceso de promoción debe considerar la celebración de dicho contrato como una obligación del concesionario emanada de su contrato de concesión, el cual será el contrato principal.

En buen cristiano, el MEF ha señalado que si habrá asociación en participación con ENAPU, pero a diferencia de lo dispuesto por el MTC, ese no será el contrato principal, sino que el inversionista será un concesionario, que a su vez deberá asociarse con ENAPU.

Recordemos que un contrato de asociación en participación es uno por el cual el asociante concede al asociado una participación en el resultado del negocio del asociante, a cambio de una determinada contribución. El asociante actúa en nombre propio y la gestión del negocio le corresponde única y exclusivamente a él, sin que exista ninguna relación jurídica entre el asociado y los terceros.

Así, la asociación en participación otorgará al inversionista la facultad de actuar como asociante para la explotación del puerto, mientras que el asociado (ENAPU) le otorgará una determinada contribución a cambio de una participación en el resultado de la operación del puerto.

Las normas no indican qué va a aportar ENAPU, cómo participará en los resultados, ni otros temas esenciales. El instrumento que contiene esas precisiones es el Borrador de Contrato de Asociación en Participación publicado por PROINVERSIÓN: el asociante concede al asociado una participación en los resultados del asociante producto de la explotación del

Terminal. El asociante tiene la dirección, conducción y gestión del negocio. ENAPU aportará ciertos bienes. De todo lo demás, incluyendo los recursos económicos y la gestión se encarga el asociante, que es el concesionario.

De acuerdo con el Borrador de Contrato de Concesión, será incumplimiento grave del concesionario, que permitiría al Estado resolver el contrato de concesión: tres incumplimientos consecutivos o cinco alternos en el pago de la participación a favor de ENAPU prevista en la asociación en participación, en un periodo de un año.

Lo que más llama la atención es que ENAPU sólo participa en las ganancias, pero no asumirá las eventuales pérdidas del negocio, como ocurre en una verdadera empresa. Si bien esto está permitido por la Ley General de Sociedades, es paradójico que luego de ejercer fuertes presiones para quedarse en el negocio, ENAPU no se comporte como un verdadero empresario. Para ENAPU: "si es cara, yo gano; si es sello, tú pierdes".

Nos preguntamos si OSITRAN, como Organismo Regulador, ha sido consultado para la toma de las decisiones antes comentadas: la exclusión del operador del Muelle Sur, la necesidad de una asociación en participación y la ventaja para ENAPU de no participar en las pérdidas del negocio.